

REVISTA CEJ

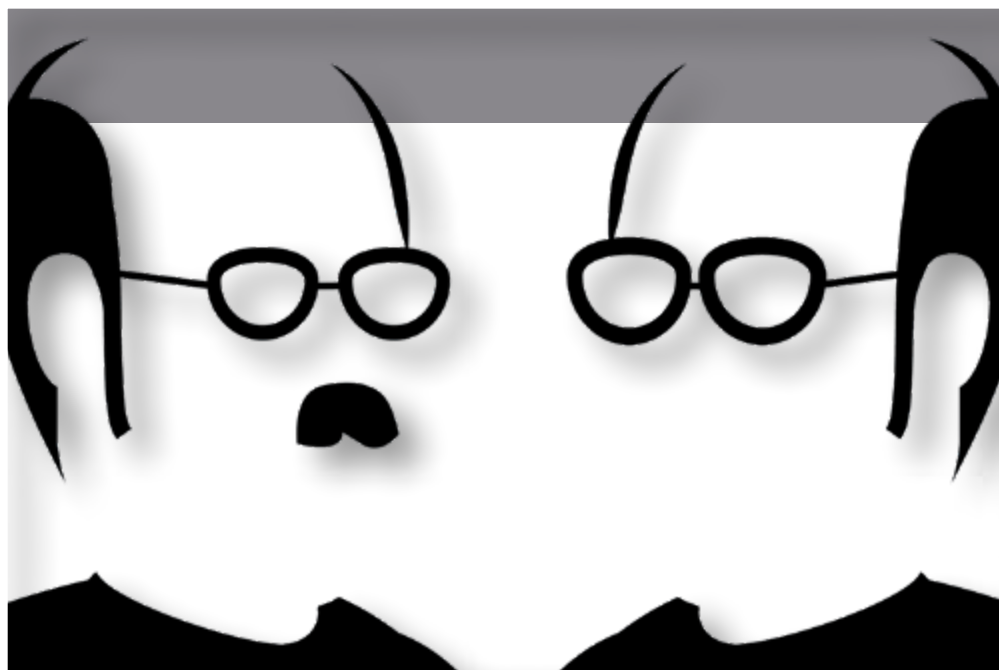
ISSN 1414-008X
Ano XXIII
78, jul./dez.

**Centro de Estudos Judiciários
Conselho da Justiça Federal**

78



JUSTIÇA FEDERAL
Conselho da Justiça Federal
Centro de Estudos Judiciários



EM BUSCA DE UM NOVO FUNDAMENTO PARA O SISTEMA JURÍDICO: para além da norma fundamental de Hans Kelsen

A NEW FOUNDATION FOR THE LEGAL SYSTEM: beyond Hans Kelsen's basic norm

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo.

RESUMO

Tece algumas comparações entre os conceitos de sistema de Hans Kelsen e o de Niklas Luhmann, demonstrando a distinção de maior relevância entre eles, a saber: a que se dá entre os conceitos de unidade, defendido por Hans Kelsen, e os de diferença, sustentados por Niklas Luhmann. O resultado dessas comparações é a apresentação, em linhas iniciais, de um novo conceito de sistema jurídico para Teoria do Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Teoria do Direito; sistema; sistema jurídico; Hans Kelsen; Niklas Luhmann.

ABSTRACT

This work makes some comparisons between Hans Kelsen's system concepts and Niklas Luhmann's, thus demonstrating their most relevant distinction, namely: Kelsen's concepts of unity versus Luhmann's call for differentiation. Such comparisons give rise to the introduction of a new early-stage concept of legal system for Law Theory.

KEYWORDS

Law Theory; system; legal system; Hans Kelsen; Niklas Luhmann.

Se o nosso princípio é levado a sério, apresenta-se, então, o segundo problema: quando se exige uma fundamentação para tudo, então terá que se exigir, também, uma fundamentação para os conhecimentos aos quais foi remetida a concepção – ou seja, o referido conjunto de enunciados – a fundamentar. Isto conduz à uma situação com três alternativas que parecem, ou são, inaceitáveis, portanto a um trilema que eu, em vista da analogia existente entre a nossa problemática e o problema que o famoso barão da mentira teve que solucionar uma vez, denomino de trilema de Münchhausen.

(ALBERT, 1976, p. 26).

1 INTRODUÇÃO

O problema da pesquisa que move este artigo é: quais foram as contribuições que a doutrina de Niklas Luhmann deu ao conceito de sistema? Esse problema, por sua vez, pode abrir espaço para a seguinte hipótese: as contribuições de Luhmann sobre o conceito de sistema parecem ter o potencial de provocar uma verdadeira “reviravolta” sobre a noção de sistema sustentada por Hans Kelsen. Em outras palavras, a concepção de sistema de Luhmann parece ter a capacidade de desconstruir o conceito de sistema, até então, compartilhado pela maioria dos juristas¹.

O trabalho aqui levado a efeito, ao longo das passagens que se seguem, é justificável por diversas razões. Uma delas é a melhor compreensão das ideias de Luhmann, as quais ainda não são suficientemente bem difundidas e compreendidas pela comunidade de operadores do Direito do Brasil. Uma outra razão, não menos importante, é a de oportunizar ao leitor um maior aprofundamento em torno do conceito de sistema, na medida em que este se dê conta de que é possível estudar o mesmo conceito (sistema) a partir de diferentes ângulos de observação. E, a essas justificativas se somam uma terceira, a de que a sociedade dos dias atuais se caracteriza pela sua complexidade e diferenciação, o que, por sua vez, demanda do Direito um constante ato de repensar os conceitos básicos da teoria do Direito. E o conceito de sistema, por sinal, é, talvez, o mais importante deles.

Sendo assim, o objetivo principal deste artigo é oferecer, embora em breve linhas, uma compreensão panorâmica acerca da doutrina de Niklas Luhmann sobre o conceito de sistema e, ao mesmo tempo em que isso for feito, comparar essa doutrina à lição de Hans Kelsen e a alguns dos conceitos sustentados por esse último autor. Esse é o objetivo principal, reitera-se, porque o pressuposto do qual se parte é que a concepção de sistema defendida por Kelsen é, ainda hoje, pelo menos no Brasil, a concepção tradicional de sistema, ou seja, a concepção de sistema mais aceita e mais difundida.

Para alcançar o referido objetivo principal, este trabalho pretende percorrer uma trilha de objetivos específicos, os quais serão abordados na seguinte ordem: primeiramente, será apresentada a distinção entre sistema e ambiente. Feito isso, a seguir, será explicado o conceito de fechamento operacional do sistema, momento no qual serão esclarecidas algumas noções como a de

autopoiese, a de tempo (segundo Luhmann), a de especificação funcional e codificação binária e, ainda, a de autorreferência e heterorreferência (*re-entry*). Em um terceiro instante desses objetivos específicos, o texto se dedicará a apresentar a ideia de rede de interconexões dinâmicas e recursivas. E aí, nesta passagem do trabalho, serão realçados alguns aspectos, como, por exemplo, a opção de Luhmann pelo conceito de rede ao invés da ideia da hierarquia, além de trazer à baila, como o sociólogo alemão lida com o problema do paradoxo do início do sistema.

Todo este trabalho de apresentação da noção de sistema defendida por Luhmann será aqui acompanhado, sempre que possível, das observações pertinentes levadas a cabo por Thomas Vesting. A doutrina de Vesting, além de bem esclarecer os ensinamentos de Luhmann, também se mostra útil a fazer críticas construtivas à lição do sociólogo alemão. Em suma, a doutrina de Vesting é um excelente “fio condutor” na comparação entre o conceito de sistema de Kelsen com o conceito de sistema de Luhmann.

Postas as coisas assim, convém abordar o primeiro dos objetivos específicos, ou seja, aquele que será dedicado a apresentar e debater a distinção básica da doutrina de Luhmann, a distinção entre sistema e ambiente.

2 DISTINÇÃO ENTRE SISTEMA E AMBIENTE

A teoria dos sistemas de Luhmann pode ser interpretada – tomando como ponto de referência a teoria pura do Direito de Hans Kelsen – como um novo esforço para reagir à crise do positivismo jurídico sem renunciar ao conceito de sistema. Todavia, em Luhmann, o conceito de sistema recebe um sentido completamente distinto. Diferentemente do que se dava no positivismo jurídico, o sistema da teoria dos sistemas não é mais edificado a partir da noção de “unidade interna”² de normas jurídicas e instituições coordenadas entre si³.

A hipótese de Kelsen de que o sistema jurídico necessita pressupor uma “norma fundamental”⁴ (um imperativo categórico, nos termos de Kant) para poder operar com êxito, também é abandonada por Luhmann. No lugar dela, aparece a demarcação contínua do sistema jurídico em relação a tudo que não é Direito (VESTING, 2015, p. 131), o ambiente social. Ao invés de orientar-se pela unidade, a teoria dos sistemas se deixa conduzir pela ideia de diferença⁵, por um pensamento que constrói

a noção de sistema jurídico a partir de uma distinção, a distinção sistema/ambiente. Entenda-se por sistema, como explica Luhmann (2016, p. 56), “um nexa entre operações faticamente consumadas, que, na qualidade de operações sociais, devem ser comunicações, o que sempre as distingue, então, adicionalmente, como comunicações jurídicas”. Isso, porém, significa: “não buscar a distinção inicial em uma tipologia normativa ou axiológica, mas, sim, na distinção entre sistema e ambiente” (LUHMANN, 2016, p. 56).

A definição de sistema, com distinção entre sistema e ambiente, pretende considerar a compreensão teórico-cognitiva de que toda observação (ou descrição) deve começar por uma distinção ou diferença⁶. Nesta passagem, Luhmann adota como premissa de raciocínio a tradição platônica da arte da distinção conceitual, de acordo com a qual todo objeto ao ser apontado, somente pode sê-lo se for diferenciado em relação a outro objeto. Vale aqui destacar, nesse sentido, o método da diairesis (do grego *hairéo*, agarrar, pegar), trabalhado e delimitado nos últimos diálogos de Platão (2007, p. 253). Esse método servia à diferenciação conceitual, à repartição de categorias (do grego, *géne*) (VESTING, 2015, p. 132).

[...] a teoria dos sistemas se deixa conduzir pela ideia de diferença, por um pensamento que constrói a noção de sistema jurídico a partir de uma distinção, a distinção sistema/ambiente

118

Hoje o pensamento teórico-diferencial está pulverizado em diversas disciplinas acadêmicas, proeminentemente, sobretudo, na sociologia de Pierre Bourdieu e nas “práticas distintivas” por ele analisadas. Ademais, recorde-se, por oportuno, a constatação fundamental da arbitrariedade da determinação do signo, como sustenta Ferdinand Saussure (2006, p. 81-83). De acordo com ela, o valor de um signo linguístico somente é definido por meio de uma diferenciação em relação a outro, mas não a partir da unidade do valor do signo com um ser por ele representado. Sendo assim, a designação “maçã”, para dar um exemplo, funciona na comunicação cotidiana porque “maçã” pode ser facilmente distinguida de “pera”, e não porque a palavra “maçã” tem uma relação ontologicamente (em sua essência?) estável com a fruta por ela designada (VESTING, 2015, p. 132).

Na segunda etapa de sua obra, contudo, Luhmann eleva a um nível mais radical o seu pensamento distintivo. Enquanto a dicotomia platônica entre conceito e contraconceito desenvolvia-se sempre a partir de uma unidade pressuposta, de acordo com a qual, no fim das contas, todas as diferenças eram eliminadas na unidade do Ser daquele que é; Luhmann transforma o pensamento distintivo em uma teoria “pós-ontológica” (para além do conceito de essência) – compreendida as coisas do ponto de vista da filosofia tradicional (VESTING, 2015, p. 132-133).

Para ele, Luhmann, o conceito de sistema é um caso de aplicabilidade de outro conceito, o conceito de forma do matemático inglês Spencer Brown. A obra deste último, *Laws of Form* (de 1969), propõe uma lógica (completamente original) ou, como denomina Thomas Vesting, uma protológica pré-identitária, que coloca a diferença e o paradoxo como consumações iniciais de

tudo pensamento⁸. De acordo com Spencer Brown, as formas não são aquilo que prescrevem certa configuração, tal como, por exemplo, a linguagem das formas do escultor francês Rodin, a qual termina por determinar a configuração de suas esculturas. Elas, as formas, segundo Brown (2008, p. 32), são linhas divisórias, marcações de uma diferença que separam dois lados, em suma, um sentido inteiramente inovador para esta palavra⁹.

Por sua vez, a execução da separação, a marcação, o traçar o limite/fronteira, baseia-se em uma instrução, qual seja, a instrução para encontrar uma distinção (uma diferença). A finalidade é expressar, entre outros, que todos os enunciados, axiomas ou princípios “primeiros”, tais como eles eram constitutivos para o sistema natural-filosófico (o *jusnaturalismo* moderno) e jurídico-positivista (o positivismo jurídico), são antecidos por uma diferenciação, que, apenas quando – em um determinado lugar, em um determinado momento – uma distinção é encontrada e algo, a partir dela, é designado (afirmado), é que se pode dar início a uma operação passível de observação (VESTING, 2015, p. 133).

Postas as coisas desta maneira, o conceito de forma de Spencer Brown funciona como o ponto de partida da teoria dos sistemas de Luhmann. O “primeiro” enunciado¹⁰, o início ou fundamento do sistema, atrofia-se, transformando-se, de conceitos teoricamente ambiciosos, como, por exemplo, a Constituição de um soberano através de um (hipotético) contrato social (como defendeu Thomas Hobbes, por exemplo), de um sujeito transcendental (como quer Kant), de um espírito que se realiza na história (como sustenta Hegel) ou de uma livre vontade (como quer o positivismo jurídico, em especial, Carl Schmitt), na execução de uma marcação/distinção.

Desse modo, portanto, o início do sistema consiste na transformação de uma indefinição contextual na definição de dois lados, em que cada lado da forma é o outro lado do outro lado (LUHMANN, 2016, p. 60). Por exemplo, caso se desenhe um círculo em uma folha branca de papel, serão produzidos, ao mesmo tempo, uma diferença e uma marcação, ou seja, a face interna e a face externa do círculo, que se definem, cada uma, pela outra face que a ela se opõe. O sistema da teoria dos sistemas é entendido, assim, como um caso de aplicação dessa forma de dois lados, do modo como o concebia Spencer Brown. Ele se baseia em uma forma que distingue o sistema de seu ambiente e que, ao mesmo tempo, o designa.

Assim, a unidade do sistema ou a ideia de unidade¹¹ dá lugar à ideia de distinção ou diferença, e a distinção mais básica de todas, segundo Luhmann, é a que existe entre sistema e ambiente. Portanto, dessa forma, renuncia-se a toda e qualquer proposta de solução unitária para o sistema. A unidade, incluindo, também, a identidade dialética entre diferença e identidade, é descartada por Luhmann, que agora se socorre da noção de diferença ou pela “diferença entre identidade e diferença” (VESTING, 2015, p. 134)¹².

3 FECHAMENTO OPERACIONAL

3.1 AUTOPOIESE

Na medida em que a teoria do Direito entende a ela própria, em geral, como uma teoria das normas (ou sobre as normas), ela se interessa logo de início, quando não exclusivamente, por estruturas supostamente estáveis, por textos ou enunciados ju-

rídicos singulares, mas não por suas respectivas aplicações. Se este não é o traço de todas as teorias que já se elaborou sobre o Direito, sem dúvida, pelo menos ele o é da teoria do Direito imaginada pelo normativismo jurídico de Hans Kelsen¹³. A teoria dos sistemas de Luhmann pensa, de certo modo, inversamente. Para ela, o ato da ação linguística relevante para o Direito, a comunicação jurídica, como quer Luhmann, está em primeiro plano.

A teoria dos sistemas, como destaca Vesting, não detém sua atenção, por exemplo, sobre a norma do art. 823 do BGB (Código Civil alemão) como tal ou como componente de um texto legal abrangente. Para ela o que interessa é o uso que se faz dessa norma em um episódio comunicativo, o que pode assumir diferentes formas comunicação, mas, em geral, é possível dizer que o que Luhmann denomina como episódio comunicativo é o que, juridicamente, costuma-se chamar de um caso, como sustenta Vesting (2015, p. 135).

É verdade que Kelsen (2005, p. 168-169) já havia isolado este aspecto dinâmico do Direito de toda “estática jurídica”, mas relacionara a dinâmica da produção contínua do Direito, caso a caso, ao fim e ao cabo, a uma idealidade estável no tempo, a uma norma fundamental que conduzia a estruturação em níveis do ordenamento jurídico. Luhmann, por sua vez, corta ainda mais essa amarra e segue as correntes pragmáticas da filosofia (da linguagem) desde Wittgenstein. Desse modo, no pensamento de Luhmann e de sua teoria dos sistemas, a norma jurídica perde o seu *status* de objeto ontológico. A teoria do Direito, como irá anunciar Vesting (2015, p. 135), não observa normas (supostamente) estáveis, mas eventos jurídicos fugazes – celebrações de contratos, sentenças judiciais, atos administrativos, processos legislativos etc. – no contexto dos quais as normas funcionam como estruturas para repetições, para reutilizações em situações sempre diferentes.

Quando se associa, então, a ideia de um acontecimento jurídico composto de “comunicações” singulares com a teoria da diferença, resulta, logo de início, a seguinte indagação: como o sistema jurídico pode repetir a sua demarcação de modo continuamente operacional e estabilizar-se historicamente de maneira

a poder distinguir a si mesmo de outros sistemas do mundo? A resposta para esta pergunta é: através do fechamento operacional autopoietico. Luhmann (1997, p. 37-48) chama de “sistemas operacionalmente fechados” aqueles sistemas que, “para a produção das próprias operações, dependem da rede de operações próprias e, nesse sentido, reproduzem a si mesmos”. Isto é, o sistema pressupõe a si mesmo e realiza por meio de algumas de suas operações sua própria reprodução. Distintamente de algumas teorias da auto-organização mais antigas, a reprodução sucessiva do sistema não guarda respeito apenas às estruturas próprias do sistema, mas também às operações elementares (repertório), que o próprio sistema não consegue desagregar de modo mais amplo (ou reduzir a um elemento mais básico) “e, por conseguinte, a tudo que, no sistema, funciona como unidade para o sistema” (LUHMANN, 1983, p. 132-166). A produção ininterrupta das estruturas e dos elementos do sistema, na rede do sistema é denominada – em alusão a Humberto Maturana e Francisco Varela (1998, p. 69) – como “autopoiese” e é introduzida por Luhmann como uma “invariante” (uma constante) na Teoria do Direito (VESTING, 2015, p. 136).

Autopoiese do sistema significa dizer, em outras palavras, autoprodução (do grego, autos, auto e poiesis, produzir, fazer) das estruturas e elementos próprios do sistema pelo sistema, não a criação do sistema pelo sistema.

Autopoiese do sistema significa dizer, em outras palavras, autoprodução (do grego, *autos*, auto e *poiesis*, produzir, fazer) das estruturas e elementos próprios do sistema pelo sistema, não a criação do sistema pelo sistema. O processo da autoprodução em rede nunca inclui o controle sobre todas as causas (pois o sistema não é capaz de se auto-observar por inteiro, permanecendo, sempre, um ponto cego de observação). Nesse caso, ressalta Thomas Vesting (2015, p. 136), a teoria dos sistemas é como a fotografia. A fotografia não é capaz de fotografar o fotógrafo enquanto fotografa. Em suma, o processo de autoprodução do sistema nunca parte do pressuposto de que não haja um ponto cego.

A partir dessa concepção de sistema autopoietico, Niklas Luhmann dirige toda a sua atenção para o condicionamento interno dos elementos e estruturas do sistema (ou seja, do repertório e da estrutura do sistema¹⁴). E é ele, Luhmann (2016, p. 43), que sustenta que o sistema pratica uma associação seletiva, uma seleção de informações interna ao sistema, e apenas quando esse é o caso é que faz sentido “falar de elementos próprios do sistema, de limites do sistema ou de diferenciação”. A autonomia do sistema, no sentido da compreensão tradicional do conceito – autolegislação, autolimitação (do grego, *autonomia*) –, aparece, então, como decorrência do fechamento operacional do sistema autopoietico (LUHMANN, p. 2016, p. 63).

O sistema seleciona e associa eventos comunicativos (a comunicação é a unidade mais básica ou elementar do sistema, segundo Luhmann) portadores de sentido que se atribuem ao sistema jurídico e utilizam suas estruturas. Contudo, apenas para fazer um contraponto, a corporeidade do aperto de mão com o qual duas partes conduzem um contrato, apenas para chamar atenção, não faz parte do sistema, como ressalta Vesting (2015, p. 137). Com isso, não se questiona que um contrato por ser “selado” através deste gesto físico tão caracterís-

tico em algumas culturas (mediante contato corporal recíproco), mas apenas se supõe que o aperto de mãos só se torna relevante para o Direito, e o seu sistema, se houver se tornado objeto da comunicação jurídica (da norma efetivamente aplicada), o que acontece, por exemplo, quando uma testemunha, em juízo, relata o aperto de mãos.

Todo o resto, segundo a teoria dos sistemas de Luhmann, é ambiente do sistema jurídico. O fechamento operacional autopoietico do sistema jurídico funda-se, por conseguinte, em um fechamento informacional (ou semântico), mas não em hermetismo causal (autarquia), como ressalta Vesting (2015, p. 137). O fechamento operacional, objetiva a manutenção de estabilidade de um limite

semântico, a associação de Direito com Direito no lado interno do sistema, ao mesmo tempo em que todas as outras comunicações e todos os outros eventos permanecem insignificantes. Em resumo, só existe comunicação jurídica nos limites do sistema jurídico – e em nenhuma outra parte (até porque, os demais sistemas sociais, como, por exemplo, o da economia, terão, como ressalta Luhmann, suas próprias comunicações)¹⁵.

O elemento que não pode ser desagregado de modo mais amplo e que exclui todo o sistema social – inclusive o sistema jurídico – de seu ambiente natural é a linguagem, ou melhor, o uso que se faz da linguagem, a “comunicação” (VESTING, 2015, p. 137)¹⁶. A comunicação não é concebida por Luhmann conforme o modelo emissor/receptor, como transmissão de mensagens de emissor para receptor, mas consiste em três seleções, são elas: a informação, a mensagem e a compreensão (Ibidem)¹⁷. Dentre elas, a compreensão é decisiva para a unidade ou a conclusão de um episódio comunicativo.

O sistema da teoria dos sistemas é um sistema dinâmico, quase que, talvez exagerando, com vida própria. Ele não é feito de partículas sólidas, mas sim de atos de linguagem ou comunicações.

Todavia, Luhmann não impõe nenhuma grande exigência à compreensão, como ressalta Vesting (2015, p. 137). Não se trata de ato voltado para o entendimento (como parece ser na teoria de Habermas¹⁸), de “idealizações” associadas ao “meio da linguagem”. A compreensão, em Luhmann, é, simplesmente, a possibilidade de acesso à comunicação para que, a partir dela, origine-se uma comunicação posterior. Na medida em que a comunicação reage à comunicação, ainda que de modo repelente, a cadeia indefinidamente emaranhada dos acontecimentos linguísticos continua sendo trançada. Nesse aspecto, mais uma vez, Luhmann se socorre da lição de Spencer Brown. O sistema da teoria dos sistemas é constituído por apenas um único elemento, as comunicações, assim como o cálculo operacional de Spencer Brown só se vale de um único operador (VESTING, 2015, p. 137-138). O sistema conecta em rede exclusivamente afirmações linguísticas (quando são bem-sucedidas, isto é, compreendidas), mas não é concebido como um “sistema de adição” (VESTING, 2015, p. 138), como, por exemplo, o Estado, na doutrina de Jellinek, segundo a qual o Estado é constituído por três elementos: território nacional, povo nacional e poder estatal (ZIPPELIUS, 1997, p. 61-67).

Em contrapartida, todos os eventos não comunicativos pertencem ao ambiente do sistema jurídico. Assim, estão excluídos do sistema jurídico não apenas edifícios, como escritórios de advocacia, tribunais e repartições públicas, mas também pessoas¹⁹, como advogados, juizes ou professores universitários. Realmente, a consciência humana – nesse contexto, a teoria dos sistemas fala quase sempre de “sistemas psíquicos” ou “sistemas de consciência” – participa do sistema jurídico por meio do sentido que é transmitido nas comunicações jurídicas, do significado das expressões ou dos textos (VESTING, 2015, p. 138). Contudo, repita-se mais uma vez, o advogado, o juiz ou o pro-

fessor universitário, na qualidade de corpos (extensões, como diria Spinoza²⁰), de ser humano completo, nunca são ou serão componentes do sistema, afirma Luhmann. Sim, até mesmo a voz, porque não, permanece sempre e necessariamente inaudível no sistema (TEUBNER, 1993, p. 59).

Essa disposição inicial não implica concluir que sistemas comunicativos (formados a partir de uma comunicação própria) e ambiente humano sejam compreendidos como independentes um do outro. Comunicação é – na esteira da lição de Spencer Brown – o lado interno da forma, que sempre apresenta um lado externo. Assim como a sociedade, o sistema jurídico também pressupõe constantemente, em seu ambiente, sistemas psíquicos e, nessa medida, está acoplado a sistemas de consciência por meio da linguagem de modo estrutural-constante (não apenas operacional-momentâneo) (VESTING, 2015, p. 138-139). Isso é o que Luhmann denomina como acoplamento estrutural. E é ele, Luhmann (2016), que usa também a expressão “interpenetração” para se referir a fenômeno semelhante, mas desde que seja para se referir a contextos teórico-sociais.

Contudo, convém ressaltar, os acoplamentos estruturais também não alteram em nada a autopoiese de sistemas sociais. E mais, nenhum pensamento pode sair do sistema jurídico para penetrar na consciência do ser humano individual (desde que ele seja levado a sério como “pensamento”) e, inversamente, a consciência individual nunca pode intervir na autopoiese do sistema jurídico (VESTING, 2015, p. 139.). Dito de outro modo, os sentidos que constituem a comunicação típica do sistema jurídico não, necessariamente, são levados em consideração pela operacionalidade dos sistemas psíquicos, assim como, por outro ângulo, os sentidos que são operacionalizados pelo sistema psíquico não, necessariamente, afetam o padrão de funcionamento do sistema jurídico.

A consciência, ou sistema psíquico, não tem a capacidade de desencadear no sistema jurídico senão confusões, surpresas ou perturbações, enquanto, por outro lado, o cérebro, a circulação sanguínea e a musculatura não podem tornar-se objeto da comunicação jurídica. É a unidade da distinção que assume o lugar da identidade (direta) entre ser humano e Direito ou entre ser humano e sociedade. Uma leitura política identificará nisso, afirma Vesting (Ibidem), a continuidade da tradição liberal do contrato social (Hobbes, Locke, Rousseau, o iluminismo escocês, entre outros.), na medida em que, inclusive em Luhmann, mantém-se sempre conservada uma tensão indivíduo e sistema social, uma estranheza para com o outro lado, que não admite uma “supressão” dessa diferença em uma ideia ou comunidade jurídica.

3.2 TEMPO

O sistema da teoria dos sistemas é um sistema dinâmico, quase que, talvez exagerando, com vida própria. Ele não é feito de partículas sólidas, mas sim de atos de linguagem ou comunicações. Dessa maneira, no que toca aos sistemas autopoieticos, somente pode se falar de “elemento” no sentido de elementos temporalizados, de eventos ou operações ligadas ao momento. Por conseguinte, o termo “operação” é definido, segundo Luhmann (2016, p. 43), “como a reprodução dos elementos relacionados a um evento” de um sistema.

Para o sistema jurídico também, o tempo somente é dado como relacionado a um evento, como momento, como diferença entre um antes e um depois do tempo (VESTING, 2015, p. 140). Mas o momento não marca tanto um determinado ponto no tempo cronométrico que flui regularmente (como *Cronos*, na mitologia grega), o tempo dos minutos, das horas, dos dias e das semanas etc., apesar deste tempo, deste aspecto sobre o tempo, também desempenhar um papel importante no Direito – por exemplo, nos prazos prescricionais. Para o sistema da teoria dos sistemas, o tempo é, antes de tudo, uma dimensão da definição de sentido (o espaço-tempo em que o sentido se formou); ele é feito de “atualizações de possibilidades significativas que, no momento de sua realização, voltam a desaparecer” (LUHMANN, 2016, p. 69).

O juiz requer a produção de provas, e, já no momento seguinte, somente pode ser lembrado disso mediante protocolo. Tomando como ponto de partida essa abordagem, o que se quer dizer é que, segundo Luhmann, o Direito opera sempre em um presente pontual e que se mantém atualizado (algo próximo de *Kairós*, para fazer alusão novamente à mitologia grega): tudo que acontece, acontece ao mesmo tempo, como, por exemplo, agora, neste – ou no próximo – momento (VESTING, 2015, p. 140). “Também passado e futuro são sempre, e apenas, simultaneamente relevantes, são horizontes temporais de operações sempre presentes e somente podem ser distinguidos como tais no presente. Sua conexão recursiva é produzida em operações sempre atuais” (LUHMANN, 2016, p. 71).

Em sistemas autopoieticos, como se pretende que o sistema jurídico agora também o seja, esse tempo conectado à ideia de momento, o tempo do momento, por assim dizer, é constitutivo. Sistemas autopoieticos existem apenas no momento de sua execução, no momento de sua operacionalidade propriamente dita, mas não de modo perdurável, para além do evento (VESTING, 2015, p. 140). Identidades (os elementos ou unidades básicas do sistema, a comunicação) não são preexistentes ao tempo, pelo contrário, o sistema

está mergulhado no tempo e, por isso, constitui e reproduz, sempre seguindo o presente, o que se impõe no agora e por um determinado tempo, formações que produzem vínculos temporais (LUHMANN, 2016).

O sistema jurídico também produz e reproduz um ir e vir constante; os elementos desaparecem, como explica Vesting (2015, p. 141), porque eles não podem se manter no tempo, devendo ser continuamente renovados. Por essa razão, para o sistema jurídico, a “normatividade” não é dada como normatividade estável no tempo²¹ ou mesmo como “Direito Natural eterno”^{22,23}. De fato, o sistema jurídico, como todos os sistemas sociais, objetiva a sua autoreprodução, mas o tempo pontualizado de Luhmann é irreversível, como o tempo da física moderna (o tempo de Newton), de modo que um “manter-se igual a si mesmo” das estruturas sistêmicas, do código binário e das normas com ele relacionadas (programa) não é possível, senão por intermédio de um intercâmbio constante entre os elementos, de uma atividade ininterrupta.

teoria dos sistemas é uma teoria estritamente pós-ontológica²⁴, como consigna Vesting (2015, p. 141). Para Luhmann, não existe identidade material dos elementos, de um lado, e temporalidade das operações, de outro lado. Muito pelo contrário, a ideia é que só existe identidade – seja de objetos (coisas) ou sujeitos (pessoas) – no tempo²⁵. O tempo é um evento imanente à comunicação, que tampouco pode ser subtraído por meio de uma ficção de ordem “lógica” preexistente ao tempo, sobre a qual se baseia o famoso segundo jurídico.

A ideia de um tempo pontualizado rompe de modo mais ou menos total – assim como outras figuras de pensamento da teoria dos sistemas – com a consciência cotidiana e a tradição filosófica e, por consequência, faz parte das grandes pretensões que emanam desta teoria para o pensamento (tradicional). Isso porque a filosofia clássica de Aristóteles até Hegel – assim como o “senso comum”²⁶ – sempre partiu de um assentamento ontológico do tempo (VESTING, 2015, p. 142).

Desse modo, enquanto na filosofia

121

A “codificação” é reservada a estruturas estritamente binárias no sentido cibernético, ou seja, a um esquematismo bivalente, que só conhece um valor positivo (o lícito) e um valor negativo (o ilícito) [...]

O sistema jurídico executa a reprodução do sentido normativo com base no emprego sempre atual e contextual de enunciados jurídicos, assegurando, assim, a manutenção das normas jurídicas (expectativas contrafáticas) existentes. Isso não exclui a possibilidade da reutilização das mesmas regras em outras situações. Mas a reutilização das normas não é mais entendida – como na doutrina historicista de Savigny – como sinônimo de um passado ou tradição que domina o presente e o futuro. E reutilização também não significa mais aplicação de uma lei universal que se estende – como na filosofia prática jusnaturalista de Kant e no positivismo jurídico da Escola de Exegese do século XIX – para dentro de um futuro homogêneo que repete continuamente o presente (VESTING, 2015, p. 141).

Em especial deste ponto de vista – no que tange à pontualização do tempo – a

clássica o tempo era tratado como um fato ontológico, como um movimento no espaço, a compreensão que Luhmann tem sobre o tempo quebra e abandona a distinção tradicional entre estática e dinâmica, repouso e movimento, fixo e fluido. Enquanto na concepção tradicional, assim também em Kelsen, o fixo sempre foi considerado como o lado superior, em Luhmann, todo fixo é fundado no fluido, ou melhor, repouso e movimento, estática e dinâmica, que difundem consigo sempre uma ideia de verticalidade (ou hierarquia), dão lugar a um nexo circular (VESTING, 2015, p. 142) (o fixo não apenas pressupõe o fluido, porque não se trata de pressuposição, a ideia sobre o fixo, ela mesma, já remete ao fluido).

3.3 ESPECIFICAÇÃO; ESPECIFICAÇÃO FUNCIONAL E CODIFICAÇÃO BINÁRIA

Sistemas autopoieticos operam como

rede de comunicações (VESTING, 2015, p. 142-143). Comunicações tomam como ponto de partida as comunicações que lhe antecedem, para, logo a seguir – no futuro – encadear consigo outras comunicações. Comunicações jurídicas (as normas jurídicas efetivamente aplicadas) também são sempre um elo (ou *link*) em uma rede de comunicações que tomam como premissa as comunicações jurídicas anteriores e, por sua vez, dão causa as comunicações jurídicas vindouras (TEUBNER, 1993, p. 105). Tomando como parâmetro o modelo de uso linguístico da matemática, esta interconexão dinâmica e de proximidade do sistema também é chamada como “recursão” ou “interconexão recursiva”²⁷.

[...] o direito alusivo à proteção contra as emissões pode regular o dano à qualidade de vida causado pela exposição a ruídos no interior de uma residência, valendo-se para tanto da diretriz 2.058 da Associação alemã de Engenharia [...]

Nesse ponto, no que toca ao tipo de elementos empregados, o sistema jurídico não se diferencia em nada dos demais sistemas sociais: é sempre a interconexão (uma rede) recursiva (interdependente) de comunicações dependentes do momento (efêmeras) e que caracteriza a autopoiese. Para descrever o sistema jurídico, apesar disso, como um sistema (autônomo) diferenciado na sociedade, há de se conseguir mostrar o que distingue a comunicação jurídica de outros tipos de comunicação como, por exemplo, da comunicação econômica (VESTING, 2015, p. 143). Luhmann procura demonstrar a autonomia da comunicação jurídica orientando-se, em particular, pelos seguintes termos-chave: “especificação funcional do Direito” e “codificação binária” (LUHMANN, 2016, p. 98). “Somente as duas aquisições juntas, função e código, permitem que as operações específicas ao Direito distingam-se claramente de outras comunicações e, assim, possam reproduzir-se a partir de si mesmas, com imprecisões apenas marginais” (LUHMANN, 2016, p. 101).

A *Rechtssoziologie* (Sociologia do Direito), um dos primeiros trabalhos de Luhmann (1983, p. 103), desenvolve e trabalha o conceito de autonomia do Direito no contexto de uma análise funcional teórico-social. Luhmann (2016, p. 56) também se atém a este conceito, o de diferenciação funcional, mais tarde, na medida em que, em *Recht der Gesellschaft* (Direito da Sociedade), ele ainda entende por “especificação funcional” (VESTING, 2015, p. 143-144) a orientação do sistema jurídico por um problema especificamente social (o de preservar as suas próprias normas), cuja solução bem-sucedida não pode ser substituída por nenhum outro sistema funcional e, por consequência, deve ser pulverizada para dentro da sociedade em geral.

De acordo com Luhmann, essa função especificamente social do sistema jurídico consiste, repita-se mais uma vez, na garantia de expectativas normativas asseguradas contra decepções de modo contrafático (mesmo que os fatos não correspondam ao que a expectativa estabelece) – eventualmente por meio do poder político sancionado – para o caso de não serem satisfeitas. Neste ponto, o aspecto temporal, a segurança da expectativa, faz alusão sempre à

norma como forma de comunicação do Direito, e não à expectativa individual de pessoas singulares²⁸. Por consequência, o processamento de expectativas normativas é compreendido como uma tentativa da sociedade moderna de, “ao menos no plano das expectativas, ajustar-se a um futuro ainda desconhecido, genuinamente incerto” (LUHMANN, 2016a, p. 130)²⁹.

À vista disso, enfatiza-se, mais uma vez, a estabilidade dinâmica dos sistemas autopoieticos. O sistema jurídico precisa construir, mesmo pressionado por uma condição de transformação social acelerada e pela incerteza própria do futuro, uma rede de vínculos temporais estáveis, sempre conectando expectativas normativas com expectativas normativas e, por meio disso, ir estabilizando a sociedade como um todo de modo dinâmico (VESTING, 2015, p. 144). Em suma, o sistema jurídico deve ter a capacidade de estabilizar a sociedade e mantê-la coesa, sem, no entanto, pressupor que ela, a sociedade, permanecerá inalterável.

Entretanto, em *Recht der Gesellschaft* (Direito da Sociedade), constata-se de modo mais claro que na obra anterior, Sociologia do Direito, que o sistema jurídico demanda uma codificação própria para o seu fechamento autopoietico (LUHMANN, 2016a, p. 60). O conceito de “codificação” diz respeito a uma dicotomia (binômio ou distinção) que não pode ser desagregada (não pode ser reduzida a algo mais simples) de modo mais amplo e que, por sua vez, apenas é utilizada em um específico sistema da sociedade, e em nenhum outro (cada subsistema social tem o seu próprio código binário). A “codificação” é reservada a estruturas estritamente binárias no sentido cibernético³⁰, ou seja, a um esquematismo bivalente, que só conhece um valor positivo (o lícito) e um valor negativo (o ilícito) e, dessa forma, termina por excluir outros valores “terceiros” (VESTING, 2015, p. 144-145).

Sempre que são feitas afirmações jurídicas (embora implicitamente) e a validade do Direito é reivindicada de modo cognoscível, a comunicação atribui-se ao sistema jurídico³¹. Isso não acontece apenas em Juízo, por exemplo, em caso de pedido de rejeição da ação, mas também pode se dar fora de organizações específicas do mundo jurídico. As afirmações jurídicas, neste último sentido, seriam mais frequentes no contexto de contratos. Contudo, é possível admitir outras hipóteses. Destarte, por exemplo, quando estudantes protestam em Seul para dar vazão à sua rejeição a uma legislação trabalhista aprovada por maioria parlamentar e brigam pela preservação do *status quo ante*, eles estão exigindo, na verdade, recorrendo ao código do “ilícito”, o Direito anterior. A resposta do Primeiro Ministro, por sua vez, de que pretende ater-se à flexibilização da legislação trabalhista, em desprezo ao discurso de proteção contra demissões de profissionais iniciantes, também é, por seu turno, uma comunicação jurídica. O novo Direito, relativo às demissões é qualificado – em acordo com o Direito (lícito) – como o novo Direito agora em vigor (VESTING, 2015, p. 145).

Sendo assim, o código binário do sistema jurídico (lícito/ilícito) não é nada além do que a estrutura de um método de atribuição que disciplina a oscilação entre licitude, como valor positivo, e ilicitude, como valor negativo³². Todavia, o exemplo dos estudantes sul-coreanos em protesto torna claro que a codificação do sistema jurídico no nível da observação de primeira

ordem (Luhmann fala em diferentes tipos de observação) opera com grandes incertezas. Seria totalmente aceitável que os estudantes, em seu próprio autoentendimento, pretendessem agir politicamente e que terceiros, como o correspondente do jornal alemão *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, por exemplo, tenham compreendido o protesto dos estudantes como reação a uma política de ensino fracassada e não como um argumento jurídico, sobretudo se não podia restar dúvida quanto à correção formal da criação da lei (VESTING, 2015, p. 146). Por consequência, um manejo estável do código lícito/ilícito apenas pode ser viabilizado no nível da observação de segunda ordem, ou seja, no nível da *expertise* profissional, dentro do qual advogados, tribunais ou professores universitários conferem (ou não conferem) ao protesto dos estudantes alguma relevância aos olhos do sistema jurídico.

A definição formal da observação de segunda ordem é: a observação de observadores ou, em outros termos, o observar a observação dos observadores. Do ponto de vista conteudístico, a observação de segunda ordem tem forte vínculo a uma lidar de modo reflexivo com distinções e, por força disso, no sistema jurídico, a distinção lícito/ilícito deve ser manejada juridicamente, ou seja, pelos juristas, e não de modo religioso, ético ou político (*Ibidem*).

De acordo com Luhmann, o sistema jurídico somente se torna operacionalmente fechado quando normas de Direito unem-se a normas de Direito já existentes e o esquematismo binário lícito/ilícito é manejado de modo contínuo³³, conservando o seu padrão de funcionamento. Os estudantes sul-coreanos recorrem à ideia de “justiça”, mas o Primeiro Ministro faz referência à observância de que foram respeitados todos os dispositivos jurídicos no processo legislativo. Desse modo, o caso se torna claro para o observador que reflete sobre ele: na medida em que no protesto dos estudantes se trate de comunicação jurídica, se é que o é, esta não é, com certeza, juridicamente digna de proteção (VESTING, 2015, p. 146).

Auxiliam para a diferenciação do sistema jurídico, além, do código binário, programas especiais, ou seja, na termi-

nologia jurídica, normas (regras ou princípios). São apenas os programas (na linguagem da sociologia de Luhmann), as normas jurídicas (na linguagem jurídica corrente), que conduzem a atribuição a um ou a outro lado do código. No sistema jurídico, essa atribuição ocorre exclusivamente por meio da forma (ou padrão de linguagem) se/então do programa condicional (juízo hipotético), mas não mediante programas finalísticos³⁴ ou de formas novas de procedimentalização do Direito (VESTING, 2015, p. 147).

A partir do momento em que o sistema jurídico consegue especificar esses programas condicionais (especializar as suas normas)³⁵ para finalidades próprias (disciplinar condutas, por exemplo), o fechamento operacional do sistema jurídico faz avançar o disciplinamento e o refinamento da argumentação interna ao Direito (imunizando as normas jurídicas e as decisões que nelas se fundam). Com o auxílio da escrita (que foi uma verdadeira revolução tecnológica), o sistema jurídico constitui uma memória sistêmica independente³⁶ da consciência individual, inclusive um cânone de argumentos jurídicos.

Se o sistema almeja ser completo, acabará incorrendo em contradições internas. O que, pelo raciocínio inverso, implica em uma outra conclusão: o preço da coerência do sistema é a sua incompletude.

A partir dessas bases, o sistema pode sempre tomar como referência os resultados das próprias operações (o modo como as normas foram aplicadas) e as consequências dessas operações para operações futuras (como aprimorar os procedimentos e as rotinas do sistema a partir do próprio funcionamento do sistema). Um exemplo disso é o que se vê quando o sistema, em seu funcionamento, é levado a lembrar constantemente de suas memórias acumuladas (do aprendizado adquirido ao longo do tempo), graças à possibilidade de recorrer a textos (VESTING, 2015, p. 147) (a lei, por exemplo).

Mas não apenas isso. Outro exemplo que também pode e deve ser lembrado é como o sistema, que é capaz de aprender com a sua própria operação, desenvolve a capacidade de adaptar, sempre que necessário, o saber adquirido às situações sempre novas. A recep-

ção do passado, o recurso sempre atual a arquivos, decisões judiciais, estatutos, leis, contratos ou publicações científicas próprias da seara jurídica tornam-se, então, um apoio para o bom funcionamento do sistema jurídico, pois, graças a estratégias como essas, o sistema jurídico ganha a capacidade de encontrar orientação diante do horizonte de um futuro desconhecido (*Ibidem*). Em suma, quem orienta o sistema jurídico é o próprio sistema jurídico.

3.4 AUTORREFERÊNCIA E HETERORREFERÊNCIA (RE-ENTRY)

Distintamente dos sistemas abertos para o mundo das teorias mais antigas, o sistema imaginado pela teoria dos sistemas é um sistema operacionalmente fechado, no qual a abertura somente é “possível em razão do fechamento” (LUHMANN, 2016a, p. 76)³⁷. Em sistemas autopoieticos, o ambiente somente pode ser reputado relevante por força de contribuições que sejam próprias ao sistema, ou seja, exclusivamente em razão das próprias possibilidades informacionais internas ao sistema (VESTING, 2015, p. 147). Para conseguir repertoriar pro-

cessos deste tipo de modo teoricamente consistente, Niklas Luhmann recorre novamente a uma figura de pensamento trabalhada por Spencer Brown, qual seja, a *re-entry* (a reentrada) (*Ibidem*).

Segundo este raciocínio, o sistema autopoietico dispõe da possibilidade de refletir ou copiar o ambiente para dentro de si, sempre de acordo com as suas próprias possibilidades comunicativas. Ou seja, por meio da reentrada o sistema autopoietico adquire a capacidade de permitir que a distinção volte a entrar naquilo que ela mesma distinguiu (LUHMANN, 2016a, p. 76) (que o sistema reexamine a demanda trazida pelo ambiente e, talvez, em um segundo momento, incorpore ou reincorpore a diferença). O Direito distingue-se das normas técnicas, mas pode transformar normas técnicas em conteúdo do Direito (permitindo, assim,

que a distinção entre normas técnicas e Direito volte a entrar dentro de si), porque, antes, distinguiu-se de normas técnicas. Essa capacidade interna ao sistema de *re-entry* (reentrada) também é apontada pelo binômio autorreferência/heterorreferência. Isso se relaciona com a aptidão do sistema para incorporar em si mesmo a diferença entre o sistema (autorreferência) e ambiente (heterorreferência) e de poder, assim, observar-se (LUHMANN, 2016a, p. 52-62), a si mesmo, no nível de segunda ordem com o auxílio dessa distinção (VESTING, 2015, p. 148).

No sistema jurídico, essa distinção tem duplo efeito. Primeiramente, porque a distinção entre autorreferência e heterorreferência, no que toca ao tipo de expectativa, a normativa, dá margem a outros desdobramentos através da distinção mais abrangente entre fechamento normativo e abertura cognitiva (LUHMANN, 2016a, p. 77). Isso significa, principalmente, que o sistema jurídico aprende, como nenhum outro sistema, a separar normas (autorreferência) de fatos (heterorreferência) e, ao fazê-lo, tenta evitar toda e qualquer tendência de suavização dessa distinção, inclusive todas as tentativas de deduzir normas a partir de fatos (VESTING, 2015, p. 148) (como o fez, por exemplo, Émile Durkheim)³⁸.

No que toca à codificação binária, resulta da distinção entre autorreferência e heterorreferência, além disso, vale acrescentar que a referência a um saber externo somente pode produzir efeitos por intermédio do nível da programação do código, das leis, das normas jurídicas e das jurisprudências (LUHMANN, 2016a, p. 93). É somente porque, no Direito Civil, exige-se de forma expressa a observância do cuidado necessário no trânsito (o exemplo é de Vesting (2015, p. 148-149), que faz alusão ao art. 276 do BGB – Código Civil alemão) no qual o Direito que disciplina a responsabilidade pode recepcionar convenções sociais em transformação. É somente porque o Direito público, muitas vezes, faz integrar cláusulas gerais em suas estruturas normativas que o Direito Administrativo, para dar mais um exemplo, pode apelar a convenções sociais para referir-se, repulsa de perigos, a probabilidades e experiências da vida cotidiana.

124

[...] *o interesse de Derrida pela desconstrução das fundamentações definitivas recuou em relação à demanda pela comprovação de uma conexão existente e o ipso entre o Direito e uma "justiça vindoura"* [...]

Algo parecido também se dá no Direito técnico: como os valores de referência decorrentes da *expertise* tecnológica podem ser considerados informação juridicamente relevantes, o direito alusivo à proteção contra as emissões pode regular o dano à qualidade de vida causado pela exposição a ruídos no interior de uma residência, valendo-se para tanto da diretriz 2.058 da Associação alemã de Engenharia³⁹, no exemplo de Vesting (2015, p. 149). É exatamente nestas situações que as normas dispõem de um fechamento muito amplo perante condições do ambiente que não podem ser determinadas antecipadamente. Deste modo, contudo, de acordo com o raciocínio de Luhmann, o fechamento normativo do sistema jurídico não é afetado des-

de que o Direito (o sistema jurídico) oriente-se exclusivamente pelo código binário lícito/ilícito⁴⁰.

Ladeur, citado por Vesting (2015, p. 148-149), faz uma interessante analogia entre o modo operacional de sistema (autopoieticos) operacionalmente fechados com a situação de um cego. O cego recorre a uma bengala para avaliar a estabilidade do ambiente que o rodeia, averiguando se esse lhe oferece solidez suficiente para que continue se movimentando. Com a ajuda da codificação binária estável/instável, o cego edifica um sistema de orientação operacionalmente fechado ao encadear umas às outras as percepções singulares que ele produz ao tatear seu ambiente. Isso viabiliza – se ele não deixar de se locomover pela cidade – que ele continue se movimentando com relativa segurança, apesar da bengala não lhe oferecer, em absoluto, uma descrição, sequer de modo aproximado, do ambiente que o cerca. O cego consegue apenas fazer ideias (aproximações) sobre aquilo que o código estável/instável por ele utilizado, lhe fornece em termos de informações (VESTING, 2015, p. 150).

É justamente por isso que o ponto de partida fundado na teoria da diferença, invocada pela teoria dos sistemas, tem grandes desdobramentos teórico-cognitivos. Eis o primeiro: aquilo que o sistema observa como realidade, não é a realidade como tal, mas sempre comenta aquilo que se apresenta como realidade de acordo com a codificação própria ao sistema. Com isso é incompatível, em especial, a ideia de que um sistema social pode identificar a realidade “como um todo” (*Ibidem*). É dizer, Luhmann admite que o sistema, em seu funcionamento, sempre apresentará um “ponto cego”. Logo, tudo que o sistema jurídico aprende sobre o seu ambiente não é um conhecimento exaustivo sobre a sociedade como um todo, mas, sim, um conhecimento apenas e tão somente sobre o seu ambiente.

Todavia, ao contrário do que se poderia imaginar, em princípio, a visão limitada do sistema (sempre condicionada pelo seu código binário) sobre o mundo tem vantagens relevantes. O cego, para voltar ao exemplo de Ladeur, percebe que a bengala, quando manuseada com habilidade, viabiliza uma boa orientação, isto é, assegura uma alta sensibilidade no que tange ao ambiente (*Ibidem*). É por força exatamente, do fechamento do sistema e da utilização de apenas uma diferença (estável/instável) que o deficiente visual adquire a capacidade de reconhecer rapidamente modelos repetitivos e, deste modo, esboçar um “mapa territorial” relativamente complexo de seu ambiente (*Ibidem*).

Nesse ponto, reside a vantagem do código binário: é somente porque os sistemas sociais, em algum momento de sua história, começam a especificar as próprias operações – assim como uma “célula-mãe” se especifica em células neuronais – e processá-las apenas de acordo com o próprio código binário (e os programas que dele fazem parte) que eles encontram um acesso próprio para o ambiente, uma forma própria de processamento da complexidade desorganizada (esta complexidade é o ambiente) (*Ibidem*).

O mesmo exemplo revela ainda uma outra circunstância: sistemas autopoieticos somente podem existir no plural. O sistema jurídico delimita a sua fronteira não apenas em relação ao seu ambiente natural, como também em relação ao seu ambiente social, e, na atualidade, sobretudo, em relação a outros sistemas funcionais ou, como prefere Luhmann, outros subsistemas so-

ciais, a exemplo da Economia, Política, Artes, Religião, Ciência etc. Economia, política, ciência ou meios de comunicação em massa operam do mesmo modo, em conformidade com as codificações binárias (e funções) próprias, mas a diversidade de sistemas (funcionais) autônomos permite ao sistema jurídico utilizar para si como ambiente a complexidade estruturada por outros sistemas.

É inaceitável, sobretudo para o sistema jurídico, que outros sistemas funcionais, como, por exemplo, o sistema econômico, desenvolvam uma autônima própria e coloquem à disposição uma complexidade adequadamente estruturada. Não é concebível, por exemplo, que um sistema jurídico autônomo possa existir sem juristas profissionais (a importância da doutrina e da jurisprudência). Na atualidade, portanto, o profissionalismo jurídico pressupõe organizações especializadas, como, por exemplo, os escritórios de advocacia, os tribunais, a administração pública, as instituições de ensino superior etc. Por sua vez, os advogados, juizes e assessores jurídicos precisam ser remunerados. Todavia, isso só é possível em uma economia fundada no dinheiro, globalmente competitiva (VESTING, 2015, p. 151) etc. Em suma, a complexidade estruturada do sistema jurídico não existe por si só, antes depende da existência de outros sistemas, como, no exemplo acima, a economia⁴¹.

O exemplo de Ladeur também é bastante didático no que toca à diferenciação funcional dentro da sociedade moderna. O homem deficiente visual também deve partir do premissa de que há uma ordem pré-estruturada em seu ambiente (ou seja, de que há outros subsistemas sociais). Ele deve, por exemplo, poder tomar como ponto de partida a circunstância de que ruas não são a mesma coisa que passeios públicos, de que pessoas são, em geral, cordiais umas com as outras (e não grosseiras) e de que os caminhos que ele realiza conduzem-no para lugares onde ele pode satisfazer as necessidades da vida cotidiana, como, por exemplo, o corte de seu cabelo. Se não houvesse toda esta diversidade de complexidades estruturadas (multiplicidade de diferentes subsistemas sociais) o código binário – no caso do cego, estável/instável – seria totalmente inútil. Sendo

assim, a bengala do deficiente visual só faz sentido, só tem a sua razão de ser, só funciona, na medida em que o ambiente coloca à disposição uma complexidade acessível para o seu código (VESTING, 2015, p. 151).

4 REDE DE INTERCONEXÕES DINÂMICAS E RECURSIVAS

4.1 REDE AO INVÉS DE HIERARQUIA

O sistema jurídico autopoietico não se encontra estruturado em forma de pirâmide⁴² ou em níveis, ele não é determinado de cima para baixo de modo hierárquico, “mas sempre de modo heterárquico, ou seja, colateral, isto é, em redes de proximidade”⁴³. Ele oscila entre um evento e outro e é sustentado exclusivamente por seus próprios modos operacionais recursivos (que fazem referência a si mesmo). Ele aplica operações a resultados de operações e filtra (ou seleciona) por meio de repetição suficientemente longa aquelas formas capazes de manter a estabilidade sob condições dinâmicas (o sistema aprende e evolui a partir de suas próprias operações), como, por exemplo, por meio do recurso repetido a formas contratuais já experimentadas, para assim também conseguir solucionar constelações de casos até então desconhecidas (VESTING, 2015, p. 152).

Assim, a teoria dos sistemas consuma a transição “de um horizonte de problemas hierarquicamente dedutivo para um processo *heterárquico* (“de caso para caso”) de formação do Direito”⁴⁴. No lugar das etapas indutivas e dedutivas verticais do sistema jurídico-positivista surge uma rede de interconexão horizontal, dinâmica e recursiva entre operações, uma “fabricação-justificação” contínua do Direito⁴⁵. Algo próximo daquilo que sugere Tercio Sampaio Ferraz Junior (2015, p. 149), referindo-se a Felix von Cube, ao falar de uma série de normas fundamentais que vão sendo substituídas, em sequência, umas pelas outras, por meio de uma regra de calibração.

A rede de interconexão dinâmica do sistema autopoietico latera, em especial, a relação entre sistema e operação ou regra e decisão. Para a teoria dos sistemas, o uso do Direito não é a “aplicação” mais ou menos obrigatória sob o aspecto ló-

gico de um material regulatório que se deve pressupor como desprovido de lacunas. Os enunciados jurídicos não mais estão situados e outro nível categorial superior em relação ao seu uso como era o caso no positivismo jurídico (VESTING, 2015, p. 152).

Pelo contrário, as comunicações jurídicas fazem uso de estruturas sistêmicas e, ao fazê-lo, modificam o seu sentido⁴⁶ para, na operação subsequente, voltar a utilizar e a transformar a estrutura anteriormente transformada. O sistema está constantemente em movimento e, quando trabalha, sempre o faz com base em um movimento duplo: ele não mascara elementos repetíveis de situações passadas (o que Luhmann chama de “condensação”)⁴⁷ e mantém estruturas (códigos, no sentido jurídico, programas, ou seja, as normas), desde que elas se apresentem como dignas de serem mantidas no momento da operação (o que Luhmann chama de “confirmação”⁴⁸), sendo este o segundo movimento. Isso explica, por sua vez, a atenção da teoria da autopoiese está totalmente voltada para a questão de como é possível estabelecer a repetição cognoscível no sistema em operação (VESTING, 2015, p. 152-153) contínua⁴⁹. Em suma, o foco da teoria da autopoiese, em português coloquial, mas que pela sua didática vale aqui recorrer, é explicar como é possível “trocar o pneu do carro com o carro em movimento”.

O sistema jurídico em forma de rede, imaginado por Luhmann, é apresentado aqui de modo detalhado, porque ele será de grande utilidade na tarefa de trocar e substituir o construtivismo sistêmico hierarquicamente estruturado do século XIX – sobretudo pela jurisprudência dos conceitos – e que foi levado adiante pelo Normativismo de Kelsen. Nessa perspectiva, este artigo é um esboço do que se pretende sustentar em sede de tese de doutorado: uma nova concepção de sistema para Teoria do Direito. Então, e com ele, apresentação de um pouco do pensamento de Luhmann, mostra-se oportuno por dois motivos, pelo menos: em primeiro lugar, porque o positivismo jurídico não pode ser simplesmente substituído por uma arbitrariedade metodológica (VESTING, 2015, p. 153), que, nos dias que correm, por exemplo, domina o amplamente difundido “pensamen-

to da ponderação” (LUHMANN, 2016a, p. 268). E, em segundo lugar, porque a teoria dos sistemas não foi a única a executar uma mudança para modelos heterárquicos de ordenação⁵⁰.

Outras teorias avançadas, por sinal, como, por exemplo, as análises desenvolvidas por Havelock sobre a origem da cultura (da escrita) grega ou, ainda, os estudos feitos pela filosofia pós-moderna (da escrita) de Jacques Derrida (2006, p. 109-120) também vêm a ser uma reformulação teórica marcada pela dinamicidade e horizontalidade da forma de ordenação e, nesse sentido, comparável à teoria dos sistemas. Na obra de Derrida, o tema é debatido em especial, em torno dos conceitos centrais de “*différance*” e “*itérabilité*” (DERRIDA, 2006, p. 79-90). Assim como o sistema proposto pela teoria dos sistemas, realiza um movimento duplo constante de condensação e confirmação, a escrita de Derrida também atrela toda repetição com a ideia de alteridade (iterabilidade, ou possibilidade de iteração), com um deslocamento (ou alteração) e uma prorrogação de sentido permanentes, que todo ato de reapropriação de um texto necessariamente acarreta. Essa ideia de formação recursiva (do sistema ser construído e se reconstruir a partir de si mesmo) dos sistemas tem que vir a ser adaptada a uma teoria do Direito jurídico-científica e precisa ser mais amplamente elaborada em suas consequências (VESTING, 2015, p. 153-154). Para tanto, o trabalho de Günther Teubner e, também, de K.-H. Ladeur são, sem dúvida, de grande importância.

4.2 O PARADOXO DO INÍCIO

Ao abandonar o princípio da hierarquia, a teoria dos sistemas também renuncia a ideia, ainda comum no positivismo jurídico, de um ápice sustentador do sistema⁵¹. De acordo com Luhmann (2016a, p. 73), o sistema jurídico deixa de ser garantido “por uma norma superior referencial (norma fundamental), uma lei superior (Constituição) ou uma instância superior”. O sistema jurídico dinâmico e recursivamente interconectado baseia-se muito mais em um paradoxo, mais exatamente na impossibilidade da aplicação do código jurídico a si mesmo. A questão sobre se a distinção entre lícito e ilícito – utilizada no sistema jurídico como distinção última e que não pode ser reduzida a algo mais básico ou elementar – é lícita ou ilícita, não pode ser decidida no sistema jurídico, não importando através de quais normas jurídicas o código binário, por seu turno, é regulado: é somente a distinção entre lícito e ilícito – o “ponto cego”, que deve permanecer invisível – o que, de fato, possibilita observações (afirmações) (VESTING, 2015, p. 154) específicas ao Direito⁵².

Neste ponto, depara-se aqui, novamente, com o problema já abordado no contexto da Teoria Pura do Direito de Kelsen de os sistemas autônomos, manifestadamente, não conseguirem fundamentar a si mesmos (sem cair em contradições), uma compreensão que está associada, em especial, a Turing e Gödel (VESTING, 2015, p. 155). Dito de outra maneira, é como se o próprio Kelsen tivesse se dado conta, ainda que de modo implícito ou indireto, que o preço da norma fundamental é fundamentar o sistema jurídico com base em algo externo ou alheio ao sistema jurídico. Nas palavras dele, fundamentar a norma posta a partir de uma norma pressuposta. E este preço, na linguagem de Gödel (2009, p. 100-130), poderia ser traduzido da seguinte maneira: o preço da completude é a incoerência. Se o sistema almeja ser

completo, acabará incorrendo em contradições internas. O que, pelo raciocínio inverso, implica em uma outra conclusão: o preço da coerência do sistema é a sua incompletude⁵³.

Luhmann converte o conhecimento da filosofia natural (sobre o jusracionalismo), sensato e seguro por si mesmo, o enunciado “primeiro”⁵⁴, na forma do paradoxo, que resta como forma única e ainda possível de saber incondicional (LUHMANN, 2016a, p. 174). Com isso fica mais ou menos suspensa a questão do início do sistema, do seu principiar, inclusive a questão “do poder da distinção primeira entre lícito e ilícito” (TEUBNER, 1993, p. 199), que é redirecionada para o postulado de uma “manutenção do paradoxo jurídico” (VESTING, 2015, p. 155). A teoria dos sistemas apenas considera como comunicações pertencentes ao sistema jurídico aquelas que asseveram sempre uma atribuição aos valores “lícito” e “ilícito”, não se aprofundando mais amplamente na questão sobre se é justo o Direito processar suas operações de acordo com o código lícito/ilícito (*Ibidem*). Em suma, a teoria dos sistemas não é uma metafísica jurídica, mas uma teoria que procura descrever a operacionalidade do sistema jurídico.

Muito pelo contrário, diga-se de passagem, Luhmann inverte os papéis: a formação do Direito é necessária justamente porque não se pode ficar paralisado diante da constatação do paradoxo. Uma jurisdição ordenada só pode existir quando o sistema jurídico institucionaliza mecanismos de “desparadoxização”⁵⁵ contínua ou de “desevolvimento” do paradoxo de fundamentação (ou seja, de explicar como a operacionalidade do sistema é possível, apesar do seu paradoxo). Ademais, o paradoxo de fundamentação do sistema é transformado, em operação contínua, em um paradoxo decisório, de acordo com o qual as questões jurídicas precisam ser decididas justamente por serem insolúveis (do ponto de vista sociológico, por exemplo) (VESTING, 2015, p. 243-248). Por seu turno, o desenvolvimento contínuo do paradoxo decisório é assegurado pela instituição da obrigação de decidir dentro da jurisdição pública (*vedação do non liquet*⁵⁶) da proibição da negação do Direito (conforme, por exemplo, o artigo 300 do Código de Processo Civil alemão⁵⁷), que, por sua vez, é sustentada por uma forma de interpretação jurídica (a argumentação) totalmente delineada e formatada à medida da decisão judicial (VESTING, 2015, p. 155-156).

Neste contexto, a teoria da autopoiese revela-se como uma oferta (VESTING, 2015, p. 156) para não se envolver de modo nenhum nas questões relacionadas à fundamentação. Como os próprios sistemas autopoieticos produzem as estruturas e os elementos (o repertório) de que são constituídos nas redes desses próprios elementos, o desenvolvimento paradoxal do sistema autopoietico inicia-se exatamente no momento em que o sistema entra – com a “primeira” comunicação – no “fluxo do tempo” (perdendo para sempre toda a sua “inocência”⁵⁸). No momento em que as operações temporais do sistema podem ser observadas, o sistema já começou a processar (já está em funcionamento); E somente sob este pressuposto é que se pode levantar a questão sobre o início do sistema e descobrir que o início é sempre um mito fabricado no sistema e pelo sistema (VESTING, 2015, p. 156).

Ademais, o sistema jurídico sempre foi tomado como objeto de reflexão, após o início do seu processamento, pois só

quando ele trabalha, quando está em sua plena prática, é que pode passar a ser estudado como objeto de uma análise sistêmica. “A práxis jurídica sempre opera em uma situação com Direito historicamente dado, pois, de outro modo, ela não poderia ter a ideia de distinguir a si mesma como práxis jurídica” (LUHMANN, 2016a, p. 57). Da mesma maneira, do ponto de vista histórico, não existe um início do Direito (ou se existe, como afirma Derrida, ele foi esquecido), “mas apenas situações em que era suficientemente plausível supor que anteriormente também se procedia segundo normas jurídicas” (*Ibidem*).

Neste cenário de tendências, há que se alertar para circunstância de que, nos primeiros anos do século XX, a busca por fundamentações definitivas também abrangia as ciências humanas (e não apenas os estudos de matemática fundamental). Entrementes, ela se encontrava, em muitas ocasiões, sob o jugo duvidoso de uma busca simplesmente impulsiva e excessivamente empolgada por pontos de ruptura e brechas nas instituições da sociedade liberal. Dito de outro modo, apocalipse, crepúsculo da humanidade e declínio do Ocidente eram palavras de ordem, bandeiras levantadas em razão e por conta desta busca (VESTING, 2015, p. 157).

No contexto de uma crítica filosófica, Walter Benjamin (2011, p. 101-120), por exemplo, falava já em 1921 da “experiência desanimadora da insolubilidade última de todos os problemas jurídicos”⁵⁹. A partir desse ponto, Benjamin desenvolveu uma crítica em torno do Direito Moderno, o qual é supostamente fundado e moldado no poder e (na via da violência)⁶⁰ – e depositou totalmente o cuidado com o Direito e a Justiça nas mãos de um Deus que estaria por vim (VESTING, 2015, p. 157). Outros como Carl Schmitt, interessavam-se menos por filosofia histórica e teologia do que pelas forças políticas concretas que, em um mundo dominado por instâncias de poder anônimas, ainda estavam em condições de produzir o contato direto com uma forma autêntica de “originalidade ontológica”, qual seja, a decisão⁶¹.

Os primeiros trabalhos de Jacques Derrida ainda denotam pontos de contato com essa tradição do pensamento original. A Gramatologia, em especial,

estabelece a *différance* justamente naquele processo elementar “com o qual é colocado o primeiro traço sobre o qual repousa toda diferenciação e toda identificação” (DERRIDA, 2006, p. 113), para, então, por sua vez, poder “desconstruir” essa diferenciação e essa identificação. Contudo, em publicações posteriores, sobretudo depois da polêmica sobre Paul De Man, em 1987, o interesse de Derrida pela desconstrução das fundamentações definitivas recuou em relação à demanda pela comprovação de uma conexão existente e o *ipso* entre o Direito e uma “justiça vindoura” (*justice a venir*). Essa “virada para filosofia prática” deságua, por sua vez, em uma concepção da justiça como a experiência do impossível no Direito (VESTING, 2015, p. 158) ou como, se assim se preferir, a possibilidade constante da desconstrução do Direito⁶². E aqui, uma vez mais, por caminhos diferentes, as pesquisas de Derrida e Luhmann parecem chegar a conclusões semelhantes.

5 CONCLUSÃO

É possível, a partir de todo o conteúdo abordado, extrair algumas conclusões, são elas: a) o conceito de sistema imaginado por Kelsen parece não ser mais compatível com o atual estágio da sociedade moderna; b) por força disso, a noção de hierarquia deve dar lugar ao modelo heterárquico; c) o conceito de pirâmide deve ser substituído pela noção de rede; d) assim como, a norma fundamental deve ceder espaço à noção de paradoxo; e) além, é lógico, do conceito de unidade ser, agora, substituído, pela ideia de diferença; f) a qual, por seu turno, se vale de dicotomias ou binômios, sendo, entre eles, o mais fundamental, o binômio sistema/ambiente, de acordo com a lição de Luhmann, também seguida por Raffaele De Giorgi.

Espera-se, portanto, com este trabalho, lançar as bases para uma reformulação do conceito tradicional de sistema jurídico adotado pela Teoria do Direito, bem como pavimentar a estrada para, em momento posterior, um futuro artigo talvez, traçar um paralelo entre a teoria dos sistemas, compreendida ao modo de Luhmann, e a cultura computacional. Mas isso, contudo, já é objeto de um futuro trabalho.

NOTAS

- 1 Esta parece ser a compreensão de Thomas Vesting (2015, p. 131-169).
- 2 “A norma fundamental de uma ordem jurídica não é uma norma material que, por seu conteúdo ser havido como imediatamente evidente, seja pressuposta como a norma mais elevada da qual possam ser deduzidas – como o particular do geral – normas de conduta humana através de uma operação lógica. As normas de uma ordem jurídica têm de ser produzidas através de um ato especial de criação. São normas postas, quer dizer, positivas, elementos de uma ordem positiva. Se por Constituição de uma comunidade se entende a norma ou as normas que determinam como, isto é, por que órgãos e através de que processos – através de uma criação consciente do Direito, especialmente, o processo legislativo, ou através do costume – devem ser produzidas as normas gerais da ordem jurídica que constitui a comunidade, a norma fundamental é aquela norma que é pressuposta quando o costume, através do qual a Constituição surgiu, ou quando o ato constituinte (produtor da Constituição) posto conscientemente por determinados indivíduos são objetivamente interpretados como fatos produtores de normas; [...]” (KELSEN, 1998, p. 221).
- 3 Bobbio (1999, p. 19-36) defende expressamente, nesse sentido, que o ordenamento jurídico não é um mero conjunto de normas jurídicas, como parecia sustentar Hans Kelsen, mas, sim, um conjunto de normas e instituições jurídicas. Registra-se, desde já, que não se desconhece aqui as divergências que Bobbio mantém com a doutrina de Santi Romano.
- 4 “A derivação das normas de uma ordem jurídica a partir da norma fundamental dessa ordem é executada demonstrando-se que as normas particulares foram criadas em conformidade com a norma fundamental. [...] Se perguntarmos por que a Constituição é válida, talvez cheguemos a uma Constituição mais velha. Por fim, alcançaremos alguma Constituição que é historicamente a primeira e que foi estabelecida por um usurpador individual ou por algum tipo de assembleia. A validade dessa primeira Constituição é a pressuposição última, postulado final, do qual depende a validade de todas as normas de nossa ordem jurídica” (KELSEN, 2005, p. 168).
- 5 A consequência disso é que a noção de “limite” ou “fronteira” talvez seja, como ressalta Thomas Vesting (2015, p. 131), o conceito mais importante para a descrição das características de um sistema.
- 6 Dito de modo mais simples, toda afirmação toma como pressuposto uma distinção que lhe é anterior. Aqui, como destaca Vesting, Luhmann recorre à lição de Platão. Neste sentido, consulte-se Vesting (2015, p. 132).
- 7 Se é que é possível falar em essências. Ou, como adverte Pirro, de Elida, e o seu discípulo, Sexto Empírico, se há essências, ou verdades, não é possível afirmar que elas existem.
- 8 Este tipo de lógica é o que Vesting (2015, p. 133) explica como um “tipo de apriorismo não filosófico” ou de “lógica primitiva da observação e de sua reflexividade”.
- 9 Como destaca Vesting (2015, p. 133), o conceito de forma, sustentado por Brown, possuiria, ao mesmo tempo, automoderação/autocontinência.

- 10 Este problema seria trabalhado, também, por Hans Albert, sob o nome de Trilema de Münchhausen (ou Trilema de Agripa). Ele, o trilema de Agripa – referência ao cético grego de mesmo nome – é um termo cunhado pela filosofia para ressaltar a alegada impossibilidade de se provar qualquer verdade garantida, mesmo nos campos da lógica e matemática. É o nome de um argumento da teoria do conhecimento que remonta, mais recentemente, ao filósofo Hans Albert e, mais tradicionalmente, segundo Diógenes Laércio, a Agripa o Cético. Em suma, se a razão é o fundamento das coisas, como é possível fundamentar o fundamento? Nesse sentido, vale aqui uma breve transcrição: “Se o nosso princípio é levado a sério, apresenta-se, então, o segundo problema: quando se exige uma fundamentação para tudo, então terá que se exigir, também, uma fundamentação para os conhecimentos aos quais foi remetida a concepção – ou seja, o referido conjunto de enunciados – a fundamentar. Isso conduz à uma situação com três alternativas que parecem, ou são, inaceitáveis, portanto a um trilema que eu, em vista da analogia existente entre a nossa problemática e o problema que o famoso barão da mentira teve que solucionar uma vez, denomino de *trilema de Münchhausen*” (ALBERT, 1976, p. 26).
- 11 “[...] se renunciarmos a reconduzir a validade da Constituição estadual e a validade das normas criadas em conformidade com ela a uma norma posta por uma autoridade meta-jurídica, como Deus ou a natureza – apenas pode ser que a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser *pressuposta* para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de norma jurídicas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta, quer dizer, uma norma que é pressuposta sempre que o sentido subjetivo dos fatos geradores de normas postas de conformidade com a Constituição é interpretado como o seu sentido objetivo. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui atos coercivos, a proposição que descreve tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela”. (KELSEN, 1998, p. 223-224).
- 12 Esta ideia, ao nosso ver, apesar de arrojada, não é nova, o que não retira, de modo algum, o brilho da construção de Luhmann. Em nosso sentir, ideia similar, apresentada de outra maneira, já se encontra esboçada na Ética de Spinoza (2011, p. 11-48), mais especificamente, quando o filósofo holandês discorre sobre a sua ideia de “Deus” e a sua tese, apresentada logo a seguir, de que Deus é a única “causa livre”.
- 13 “Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo da criação do Direito positivo. Ela própria não é uma norma posta, posta pelo costume ou pelo ato de um órgão jurídico, não é uma norma positiva, mas uma norma pressuposta, na medida em que a instância constituinte é considerada como a mais elevada autoridade e por isso não pode ser havida como recebendo o poder constituinte através de uma outra norma, posta por uma autoridade superior” (KELSEN, 1998, p. 222).
- 14 Neste sentido Ferraz Jr. (2015, p. 204-205).
- 15 Ressaltando e explicando em pormenor este processo gradativo de fragmentação social, a partir do início da Era Moderna, Fábio Konder Comparato (2006, p. 17-36) traz uma excelente contribuição acerca do tema.
- 16 No mesmo sentido, De Giorgi (2017, p. 225-228).
- 17 No mesmo sentido, Luhmann (2004, p. 457-460).
- 18 Habermas (2012, p. 190-210).
- 19 O vocábulo “pessoa” não deve ser compreendido como sinônimo de ser humano ou indivíduo, pois este pode ser usado, em sociologia, como um feixe que concentra em si muitos e diferentes papéis sociais ou, de outro modo, um ator que pode encenar muitos e diferentes personagens.
- 20 Spinoza (2011, p. 12).
- 21 Como sustentava o jusnaturalismo antigo, de Aristóteles, o jusnaturalismo medieval, de São Tomás de Aquino e, também, o jusnaturalismo moderno, de Samuel Pufendorf.
- 22 Em “Ética a Nicômano”, diga-se de passagem, Aristóteles assinala como características do direito natural, as seguintes: tratam-se de normas gerais, serem normas dificilmente modificáveis, apresentarem-se como normas dadas aos homens pelo cosmos e, por fim, serem normas com a pretensão de universalidade.
- 23 Por isso, Luhmann sustenta que códigos (códigos binários de reprodução do sistema) e programas (as normas, expectativas contra-fáticas) não são encontrados como fatos de qualidade própria, como, tal qual ideias, levassem uma existência própria acima da comunicação.
- 24 Uma teoria que prescinde da ideia de essência ou, melhor dizendo, que é avessa à ideia de que existam essências. Este aspecto pós-ontológico, por sinal, em muito se afina às ideias de pós-modernos como, por exemplo, Jean-François Lyotard, em sua obra “A condição pós-moderna”.
- 25 Sobre tudo a linguagem – isso é refletido por Luhmann de modo insuficiente, sustenta Vesting – é o paradigma para uma substância que não é, mas que se torna e, por conseguinte, está em contínua transformação. Transformação da qual também fala Saussure e, sobre a qual, Christian Stetter prefere o termo “flutuação”. Saussure expressou essa propriedade da linguagem em uma imagem marcante, a saber: duas vezes por mês, Boguslawski – morador de um vilarejo russo – mandava fazer uma fotografia de si. Quando, depois de vinte anos, estas fotografias foram colocadas lado a lado, na sequência cronológica de seu surgimento, cada um dos retratos vizinhos mostravam sempre o mesmo Boguslawski, mas a primeira e a última mostravam dois homens completamente diferentes. (VESTING, 2015, p. 141-142).
- 26 A expressão é aqui empregada no sentido de senso vulgar, do conhecimento do homem leigo.
- 27 O conceito matemático das funções recursivas – de que um lado recorre ao outro, o qual, por sua vez, reproduz o primeiro – é a base da matemática moderna sobre o inexpectável e sobre a compreensão da incalculabilidade a partir da produção sistemática de valores intrínsecos (LUHMANN, 2016, p. 82).
- 28 Se fosse singular, a proposta de Luhmann terminaria se assemelhando ao utilitarismo de Jeremy Bentham. E aí é preciso ressaltar que Luhmann rechaça qualquer aproximação de sua teoria sistêmica com a proposta utilitarista, pois esta última, aos olhos do sociólogo alemão, peca pelo seu excesso de reducionismo (LUHMANN, 2016a, p. 125).
- 29 A função do Direito consiste, em outras palavras, em possibilitar a formação de expectativas em uma sociedade que, ela mesma, torna-se cada vez mais um problema (VESTING, 2015, p. 144).
- 30 Cibernético em contraposição, por exemplo, ao conceito linguístico de código, o *code* empregado como sinônimo de signo ou símbolo. A este respeito, mais detalhes em Luhmann (2016a, p. 176) e Wiener (1993, p. 48-72).
- 31 Apenas faz parte do sistema jurídico em si [...] uma comunicação que afirma a atribuição dos valores “lícito” e “ilícito”; pois somente uma comunicação deste tipo busca e afirma uma interconexão recorrente no sistema jurídico (LUHMANN, 2016a, p. 67).
- 32 O Direito da sociedade realiza-se mediante referência a um código, e não mediante uma regra de produção (seja ela hipotética ou categórica, razoável ou fática) (LUHMANN, 2016a, p. 70).
- 33 A diferenciação de um sistema jurídico operacionalmente fechado pressupõe que o sistema possa operar no nível da observação de segunda ordem, e não apenas eventualmente, mas de modo contínuo. Ou seja, que o sistema jurídico seja capaz de observar a sua própria observação (LUHMANN, 2016a, p. 70).
- 34 Luhmann parece não ter refletido acerca das normas programáticas. Não se tem a impressão de que ele seja contra este tipo de norma, mas que suas reflexões não se debruçaram sobre elas. Sobre as normas programáticas, consulte-se Pimenta (1999).
- 35 *Ibidem*.
- 36 Como bem registra Jacques Derrida, em Gramatologia, a língua escrita é um arquivo da cultura humana e completamente autônomo à memória das consciências individuais. Este será um dos argumentos que levará Derrida a sustentar a precedência da língua escrita sobre a língua falada, contrariando, assim, a tradição, em sentido contrário, oriunda da lição de Platão.
- 37 Escreve Morin (2011, p. 29): “o aberto se inclina sobre o fechado”.
- 38 Luhmann (2016a, p. 86 e ss.).
- 39 Essa diretriz refere-se à avaliação de ruído industrial na vizinhança.
- 40 Neste ponto, é preciso fazer alguma ressalva ao raciocínio de Niklas Luhmann. Afinal, o Direito não pode começar a sua operação sem uma reserva de saber que é, por sua vez, gerada pela sociedade, num primeiro momento, e não pelo próprio Direito. Não existe regra jurídica sem convenções sociais. É dizer, as regras jurídicas e o sistema jurídico como um todo não surgiram a partir de um nada, de um grau zero.
- 41 Como bem pontua Fábio Konder Comparato (2006, p. 47), este processo de diferenciação funcional dentro do sistema social só se deu

- com o início da Era Moderna, por volta da segunda metade do século XV, e, completa o autor, teria sido impulsionado a partir de duas grandes “molas mestras”, a saber: a filosofia e a sua mentalidade racionalista, bem como a difusão do monoteísmo.
- 42 “Se se pergunta pelo fundamento de validade de um norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental” (KELSEN, 1998, p. 222).
- 43 Aqui, em relação com a função do Direito (LUHMANN, 2016a, p. 144).
- 44 Este parece ter sido o esforço da obra de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, na medida em que conjuga os estudos de Tópica de Theodor Viehweg com as lições de Niklas Luhmann acerca da noção de sistema (VESTING, 2015, p. 152).
- 45 Algo próximo, a nosso ver, da concepção rizomática sustentada por Gilles Deleuze e explicada, aqui no Brasil, por Elton Luiz Leite (2007, p. 15-16). Nesse sentido, escreve este último autor: “Quando pensamos a árvore jurídica a partir não apenas do seu solo (o Estado), mas dos seus frutos (a Justiça), percebemos que o modelo da árvore talvez já não seja suficiente. E é aqui que a Botânica também pode fornecer uma imagem nova. De fato, além das árvores, há ainda as formações vegetais de natureza rizomática, cujas raízes são rizomas. O rizoma é uma raiz que troca a profundidade do solo pela sua superfície sem fronteiras. As plantas rizomáticas crescem horizontalmente: suas raízes espalham-se em todas as direções possíveis e só visam a verticalidade se for por intermédio de um muro que se quer ultrapassar, transpor. Nesse sentido, é impossível determinar o número de raízes que servem de apoio ao movimento de uma planta rizomática, visto que suas raízes são múltiplas, incontáveis: brotam e nascem conforme as exigências de expansão da planta”.
- 46 Por exemplo, as normas têm o seu sentido “resignificado” pela jurisprudência a cada novo precedente ou entendimento.
- 47 Ele não oculta a circunstância de que se vale de programas (as normas).
- 48 O sistema mantém o sentido das normas, desde que ele, o sistema, compreenda que o sentido delas, ou elas próprias, devam ser mantidas. E o que leva o sistema a entender que as normas devem ser mantidas? O sistema compreender que a sua própria autonomia (ou subsistência) frente aos desafios impostos pelo ambiente social não está comprometida em razão desta ou daquela norma que não apresenta mais a operacionalidade que dela se espera.
- 49 É importante constatar que se trata de repetição, não obstante o deslocamento de sentido. Somente quando o sentido é suficientemente generalizado é que as experiências de emprego podem surtir efeito em novas situações e a repetição pode ser identificada e observada como repetição.
- 50 O modo de rede, ou em forma de rede (priorizando a horizontalidade), não é uma novidade lançada pela teoria dos sistemas (VESTING, 2015, p. 153).
- 51 “Se se pergunta pelo fundamento de validade de uma norma pertencente a uma determinada ordem jurídica, a resposta apenas pode consistir na recondução à norma fundamental desta ordem jurídica, quer dizer: na afirmação

de que esta norma foi produzida de acordo com a norma fundamental. Nas páginas que seguem começaremos por considerar apenas a ordem jurídica estadual, quer dizer, uma ordem jurídica cuja validade é limitada a um determinado espaço, o chamado território do Estado, e é tida como soberana, quer dizer, como não subordinada a qualquer ordem jurídica superior. O problema do fundamento de validade das normas de uma ordem jurídica estadual começará por ser tratado sem ter em conta uma ordem jurídica internacional havida como supra-ordenada ou subordinada àquela ordem jurídica” (KELSEN, 1998, p. 139).

- 52 “O paradoxo do sistema é [...] o ponto cego do sistema que de fato possibilita a operação do observar. [...] Ele é o fundamento que deve permanecer não visualizado, o que faz com que todo fundamentar tenha caráter dogmático – inclusive a tese de que a distinção entre lícito/ilícito é introduzida evidentemente com razão, porque, de outro modo, não poderia existir jurisdição ordenada” (LUHMANN, 2016a, p. 234).

- 53 Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2015, p. 181) parece concordar com esta conclusão.

- 54 Aqui valem as palavras de Hegel (1997, p. 33) ao afirmar que o problema da lógica é o começo, ou seja, fundamentar o fundamento. Nesse sentido, transcreve-se aqui uma pequena passagem: “Temos como suposto o conhecimento, que pertence à Lógica, daquele método segundo o qual, na ciência, o conceito se desenvolve a partir de si mesmo, progride a produzir as suas determinações de maneira imanente, em vez de se enriquecer pela gratuita afirmação de que há outros aspectos e pela aplicação da categoria do universal”.

- 55 Mecanismos que mitigam, ou procuram manter invisível o paradoxo do sistema durante o funcionamento do sistema.

- 56 A expressão latina *non liquet*, como ensina George Marmelstein, é uma abreviatura da frase *iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*, que significa mais ou menos isso: “jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento”. Ao declarar o *non liquet*, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida. (MARMELSTEIN) *Non Liqueat. Lat. is not clear. In the Roman courts, when any of the judges after the hearing of a cause, were not satisfied that the case was made clear enough for them to pronounce a verdict, they were privileged to signify this opinion by casting a ballot inscribed with the letters ‘N. L.’ the abbreviated form of the phrase non liquet.* (BLACK, 1951). Tradução livre: “Non Liqueat, do latim, não é claro. Nas cortes romanas, quando qualquer juiz, após ouvir uma causa, não ficava satisfeito, pois considerava que o caso não havia sido exposto de forma suficientemente clara a ponto de ensejar a pronúncia de um veredito, eles tinham a possibilidade de apontar esse fato colocando as letras “N. L.”, forma abreviada de *non liquet*”.

- 57 No Código de Processo Civil brasileiro há dispositivo semelhante.

- 58 O perder a inocência significa que o sistema sabe que é fundado num paradoxo, tem consciência disso, mas opera a partir desta circunstância.

- 59 Assim, também, Derrida (2007, p. 1-58). Transcreve-se aqui um trecho da obra de Derrida (2007, p. 30): “Mas acredito que não

há justiça sem esta experiência da aporia, por impossível que seja. A justiça é uma experiência do impossível. Uma vontade, um desejo, uma exigência de justiça cuja estrutura, não fosse uma experiência da aporia, não teria nenhuma chance de ser o que ela é, a saber, apenas um *apelo* à justiça. Cada vez que as coisas acontecem ou acontecem de modo adequado, cada vez que se aplica tranquilamente uma boa regra a um caso particular, a um exemplo corretamente subsumido, segundo um juízo determinante, o direito é respeitado, mas não podemos ter certeza de que a justiça o foi. O direito não é a justiça. O direito é o elemento do cálculo, é justo que haja um direito, mas a justiça é incalculável, ela exige que se calcule o incalculável; e as experiências aporéticas são experiências tão improváveis quanto necessárias da justiça, isto é, momentos em que a decisão entre o justo e o injusto nunca é garantida por uma regra”.

- 60 Derrida (2007, p. 59-134) dedica grande atenção a estes estudos de Benjamin.

- 61 Baseada em seu famoso conceito de “Estado de Exceção”. Na situação ou estado de exceção pode-se perceber que a norma jurídica advém de uma ordem normativa concreta que se apresenta nas situações limites. A soberania como criadora da ordem política e a ideia de que o esvaziamento do sentido do político ocorre como consequência da falta de um espaço autônomo de decisão sobre os critérios do agir político são princípios presentes nas suas obras. Escreve Schmitt (1999, p. 27): “De pronto, quem não vê na medula de todo o direito mais que semelhante fim não está em situação de encontrar um conceito de ditadura, porque todo o ordenamento jurídico é simplesmente uma ditadura latente ou intermitente”.

- 62 “Visivelmente, Montaigne distingue aqui as leis, isto é, o direito, da justiça. A justiça do direito, a justiça como direito não é a justiça. As leis não são justas como leis. Não obedecemos a elas porque são justas, mas porque têm autoridade. A palavra ‘crédito’ porta toda a carga da proposição e justifica a alusão ao caráter ‘místico’ da autoridade. A autoridade das leis repousa apenas no crédito que lhe concedemos. Nelas acreditamos, eis seu único fundamento. Esse *ato de fé* não é um fundamento ontológico ou racional. E ainda resta pensar no que significa *crer*” (DERRIDA, 2007, p. 21).

REFERÊNCIAS

- ALBERT, Hans. *Tratado da razão crítica*. Tradução: Idalina Azevedo da Silva, Erika Gudde, Maria José P. Monteiro. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1976. p. 26.
- BENJAMIN, Walter. *Escritos sobre mito e linguagem*. Tradução: Susana Kampf Lages e Ernani Chaves. São Paulo: Duas Cidades; Editora 34, 2011. p. 101-120.
- BLACK, Henry Campbell. *Black’s law dictionary*. 4th ed. St. Paul: West Publishing Co., 1951.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Apresentação: Tercio Sampaio Ferraz Júnior. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999. p. 19-36.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. rev. pelo autor. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. p. 17-36.
- DE GIORGI, Raffaele. *Ciência do direito e legitimação: crítica da epistemologia jurídica alemã de Kelsen a Luhmann*. Tradução: Pedro Jimenez

Cantisano. Curitiba: Juruá, 2017. p. 225-228.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei: o "fundamento místico da autoridade"*. Tradução: Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. p. 1-58.

DERRIDA, Jacques. Gramatologia. Tradução: Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. 2ª edição. São Paulo: Editora Perspectiva, 2006, p. 109-120.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Fernando. *O problema da decisão e a máquina universal de Turing*. Lisboa: Universidade de Lisboa, Faculdade de Ciências, [2013]. 21 p. Disponível em: <http://webpages.fc.ul.pt/~fjferreira/Entscheidungsproblem.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2012.

GÖDEL, Kurt. *O teorema de Gödel e a hipótese do contínuo*. 2. ed. Tradução: M. S. Lourenço. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009. p. 100-130.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012. v. 1. p. 190-210.

HEGEL, Friedrich. *Princípios de filosofia do direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 33.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 4. ed. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 221.

LUHMANN, Niklas. *A improbabilidade da comunicação*. Tradução: Anabela Carvalho. 4. Ed. Lisboa: Veja, 2006. p. 39-64.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. Tradução: Saulo Krieger. Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016a. p. 56.

LUHMANN, Niklas. Por que uma "teoria dos sistemas". In: *Niklas Luhmann: a nova Teoria dos Sistemas*. Organizador: Clarissa Eckert Baeta e Eva Machado Barbosa Samios. Porto Alegre: Ed. UFRGS, Goethe-Institut/ICBA, 1997. p.37-48.

LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral*. Tradução: Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Júnior, Marco Antônio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MARCONDES FILHO, Ciro. *O escavador de silêncios: formas de construir e de desconstruir sentidos na comunicação*. São Paulo: Paulus, 2004. p. 457-460.

MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. *Direitos Fundamentais*. Net, [S.l.], 7 jan. 2009. Disponível em: <http://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 10 mar. 2012.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. 4. ed. Tradução: Eliane Lisboa. Porto Alegre: Editora Sulinas, 2011. p. 29.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

PLATÃO. *Diálogos: Teeteto, Sofista, Protágoras*. Tradução: Edson Bini. Bauru, SP: Edipro, 2007. p. 253.

ROMESÍN, Humberto Maturana; GARCÍA, Francisco J. Varela. *De máquinas y seres vivos: autopoiesis: la organización de lo vivo*. 5. ed. Santiago do Chile: Editorial Universitaria, 1998. p. 69.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. Organizado por Charles Bally e Albert Sechehaye; com a colaboração de Albert Riedlinger. Tradução: Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro

Blikstein. 27. ed. São Paulo: Cultrix, 2006. p. 81-83.

SCHMITT, Carl. *La ditadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Trad. José Díaz García. Alianza: Madrid, 1999. p. 27.

SOUZA, Elton Luiz Leite de. *Filosofia do direito, ética e justiça: filosofia contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2007. p. 15-16.

SPENCER-BROWN, George. *Laws of form*. Leipzig: Bohmeier, 2008. p. 32.

SPINOZA, Benedictus de. *Ética*. Tradução: Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011. p. 11-48.

TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopolético*. Tradução: José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993. p. 59.

VESTING, Thomas. *Teoria do direito: uma introdução*. Tradução: Gercélia B. de O. Mendes. Revisão: Geraldo de Carvalho Neto. Coordenação e revisão: Ricardo Campos. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131-169.

WIENER, Norbert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução: José Paulo Paes. São Paulo: Cultrix, 1993. p. 48-72.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. Tradução: Karin Praefke-Aires Coutinho; Coordenação: José Joaquim Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 61-67.

Artigo recebido em 23/3/2019.

Artigo aprovado em 5/9/2019.

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo é analista do Seguro Social, doutorando em Direito e professor adjunto da Universidade Federal da Bahia.